

# 法 文 言 の 虚 像 と 実 像

——法人類学的考察を通じて——

辻 本 弘 明

## は じ め に

「前向きに検討致します。」と約束した役人にかぎって、進歩的というか、市民の立場に立ってというか、国民の期待するような姿勢で物事に対処した人はいないとよく云われる。最近の新聞に出ていたように、「出馬しない。」「出馬はあり得ない。」と云っておき乍ら地元の市民を裏切って、一政党のために、「出馬する。」との意向を表明した一大市長の非難の声をのせた記事も見られる。これなどはどうであろうか。「出馬する。」と云う意志が本当に最初からなかったのではない。ある条件があれば「出馬する。」が、その条件が用意されないから「出馬しない。」のであった。

これは、状況を分析すると、その条件がなかったから、「出馬できなかった。」のであると云うことになる。この様な日本語のもつ表裏相まった2つの意味を持つというか、ある時には、表の意味に、また、ある時には裏の意味に使用されるという構造がある。

日本の中世前後より、「<sup>(1)</sup>不論理非」(理非を論ぜず)という言葉がある。これは、簡単に云い直せば、その言葉のひびきから、「理非善悪を無視して」、「問答無用」、という内容をもっている。<sup>(2)</sup>

一時、茶の間をわかしたNHK、TV、「国盗物語」で信長が「不及是非」(是非に及ばず)と云っていたのも大略同じような意味合いで、「とやかく云う事はない。」と云う様な意味のセリフとして使っていたと解される。シナリオライターも多分その様な意味をもたせたかったのではないかと思う。しかし、この言葉は、もともとから果してそうだったのだろうか。少々気になる事がある。

その1つは、この「<sup>(3)</sup>不論理非」~~と云う言葉は~~、中世の鎌倉時代の法令にもよく使用されているし、またこの時代は、武家政治の時代の中でも裁判制度がよく整備され、よい政治が行われていたこと。その2は、この言葉は、戦国時代の喧嘩両成敗法にも使用されていたのは、もっともだと思えるが、その「不論理非」、<sup>(4)</sup>という文言をもつこの喧嘩両成敗の法理がいまだに道德律、慣例として使用されていることの2つである。<sup>(3)</sup>

「日本人自身が無意識のうちに受けついできた慣習的に繰返している言葉をみづから掘り下げ、検討する事は重要な事である。言葉は伝統や文化の所産であり、かつ、その一部であるけれども、同時にわれわれの行動や思考は言葉を通じて行われ、言葉によって逆に制約され、支配されるという鶏と卵の様な関係が存在する。」(板坂元氏著「日本人の論理構造」)<sup>(4)</sup>といわれ、日本語の底を流れる日本

人の心理や日本の社会の人間関係を見究めることが案外大切なことであろうと強調されている。最近このようなことがとみに関心をひくようである。この様な点を念頭におきながら「不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>、」という日本の法文言について少々その淵源を探ってみたいと思う。

# (1)

1245年(寛元3年)の鎌倉幕府法令である式目追加法に、「雑人事」「両方御家人事者、如<sub>二</sub>關東被<sub>一</sub>定置<sub>二</sub>、不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>限<sub>二</sub>10箇年<sub>一</sub>可<sub>レ</sub>被<sub>二</sub>成敗<sub>一</sub>、一方京都一方御家人事者、任<sub>二</sub>道理<sub>一</sub>可<sub>レ</sub>被<sub>二</sub>裁許<sub>一</sub>也、」<sup>(5)</sup>というのがある。これは、下級の雑用をする下人の取得時効に関する制度をきめた法であって、「雑人年紀法」といわれている。この法令は、前半は御家人武士同志の間に争があった場合の年紀制の適用を示すものであって、この部分に「不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>、」が使用されている。後半は、訴訟当事者が公家と御家人武士との間の場合であって、これには「任<sub>二</sub>道理<sub>一</sub>、」という道理法の適用をうたっているのである。

問題の箇所をより鮮明にするために、この法令の周辺を少々説明すると、武家の最初の法典である御成敗式目は、粗野な武士にも理解出来るようにという方式で編纂されたものであって、しかもこの法典には、「凡<sub>二</sub>評定之間、於<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>者、只道理之所<sub>レ</sub>推可<sub>レ</sub>出詞也、」という起請文を附記しているのである。御家人武士のための法典であるから、その武士の社会に存した生きた社会規範である道理というものを中核にすえ、あくまでも御家人武士を中心に制定した法であると理解出来、裁判においてもこの法典に則って道理に準拠して判決したいという心構えをうたったものである。この事は、この法典の中心が御家人武士ということであって、現代流な云い方に直せば、「主権在民(主権御家人武士)」ということであつたと考えられる。これは、御家人武士達のことをはっきり意識して、御家人の代表者としての評定衆によって、彼等の望み通り道理政治を行うことを予想されていたことに対応する。<sup>(8)</sup>従って、この様な背景からみると、(1245年と云えば、執権、北条泰時によって、武家として最初の全国的法典、御成敗式目をつくった貞永元年(1232年)より僅か13年しかへだたっていない時に)訴訟当事者が公家と御家人武士の場合だけ道理(これは武家社会に永く継承されて来た生きた生活慣例であるが)によって裁判され、双方が御家人武士である場合は然らず(不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>)と解することは、いくら中世武家法であつたにしても筋が通らぬのではないか。

この式目追加法では、双方御家人に関する争論こそ、「道理にまかせて、」判決しなければならないのであって、「不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>、」即ち「理非を糺明せず、」或いは、「道理を無視して、」判決する様な事はそもそも出来なかったのではなかったかと思われるのである。

次に、1248年(宝治2年)に「主従対論事」という追加法がある。<sup>(6)</sup>これにも、「不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>、」という言葉が採用されており、主人と従者との間に生じた争論には理があろうが、なかろうが幕府法ではその訴を受理しないというのである。また、1232年(貞永元年)の御成敗式目本文には知行年紀制という現代法にいう土地の取得時効制が規定され、<sup>(9)</sup>「不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>、」ということばが採用され、又、不易法という法律不遡及の原則をうたっている条にも、<sup>(11)</sup>同じ「不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>、」が採用されている。

更に、時代は降って、1439年(永享11年)の寺社莊園法にも喧嘩両成敗法と見られる一条文がある。これには、「不<sub>レ</sub>及<sub>二</sub>理非之糺明<sub>一</sub>、為<sub>二</sub>主々之沙汰<sub>一</sub>、令<sub>二</sub>誅戮<sub>一</sub>敵人、可<sub>レ</sub>止<sub>二</sub>人之憤<sub>一</sub>、且、是天下之大法也……」<sup>(12)</sup>とあって、「概して世間の人の憤り方」にさからってはならぬとしているのである。当時

の世人乃至関係者の刑罰法感情を非常に考慮しながら当事者双方共の理非の糺明をさせて、双方同等の刑罰を規定しているのである。これは、当事者双方の公平を考慮し、最終的に刑の量定をもって心理的満足に注いでいることがうかがえるのである。

板坂元氏は「日本語には、論理的にまったく矛盾している虚偽の云いまわし方が時々ある」という。「この表現は、むしろ修辭的には凝った部類に属するもので、慣用される様になる以前には、論理的に矛盾しないもとの形があったのであろうし、表現の底には、今も合理的な思考が潜在している筈である<sup>(13)</sup>」という。

この様な提言を思いうかべると、上述したいくつかの史料の解釈は今一步進めて解さねばなるまい。先づ、1245年（寛元3年）の追加法については、「道理」の内容と「不論理非、」の意味合いが融合するものかどうかにかゝっているように思う。ここで説明しなければならないことは、何が道理であるかという一定不変の内容は勿論ないのがこの道理の特徴であるということであって、武家社会に事実として承認されて来た生活習慣となっていた「無私」・「公平」を内容とする非高権力的な社会規範が「道理」であったということを想いおこさねばならない。この様な観点から云えば、10箇年年紀制<sup>(14)</sup>というのは当時の武家社会に継承されて来た慣例（先例）であるということは大略間違いない、それをこの式目追加法でもって、法に昇華させたものであると解される。従って、これ自身道理であったと云わねばならぬ。即ち、道理というものを、武士の間の争論の解決に適合させた具体的な内容をもつ法規がこの10箇年年紀法であったわけである。

前半をこのように解し、後半は京都の公家と御家人武士との間には10箇年年紀制のような明確な内容の慣例的事実が存しなかった。だから幕府としては、武士と公家との間ではそれら相互の実生活の事実の中で「道理」に適合したものを探し出し、それによって判決すべきであるとしたのである。その具体的表現が「道理にまかせて」という表現である。

第2に、1248年（宝治2年）の「主従対論事」の追加法については、式目の理想は公平な道理裁判であった筈で、理のある場合にも受理しないということならば、乱暴な道理にもとる法令といわざるを得ないのである。しかし、この法令の企図するところは、むしろ争はれる私的な理非を争わせないようにすること自体、即ち、主従争論を裁判沙汰としないということが政道に合い、主従間の道理であったし公的な理にも合ったわけである。

第3の1439年（永享11年）の寺社莊園法については、あくまでも、加害者、被害者双方のこのような結果を引きおこした原因とか理由とかを糺すことは、喧嘩当事者双方の感情を考慮した公平な処理<sup>(15)</sup>にはならない。それよりも「世間の人の憤りを沈め、」もっともだという心理的満足を中心に考えたのがこの法条文である。

そこに「道理」が「不論理非」と同居する寛元3年の追加法令の意味も理解出来る。そしてまた喧嘩両成敗法という刑罰法についても、如何なる事情にも無関係に、即ち「不論理非、」双方同罪にすることとは、いゝかえると、権力者の裁判権を放棄することであって、双方を公平に罰する（法感情）のであるから、この法論理は自ら個人としての判断ではなく、固定観念、しかも集団に恒常的に存する規定に従う傾向を示している。これは、古代からの人間のもつ本能的な刑罰法感情にもとづく理智を超えた刑罰形態であった。

換言すれば、理非の裁判をせず、法感情でもって、客観的に公平な制裁を双方に科するということ

で、法の衡平をきするということが主たる目的であった。即ち、理を理として追及していくことの否定であり、この日本的な精神が裁判にも貫かれているのである。

問題の「不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>」が生れたのは、かゝる背景が予想されるのであり、中世まで存在していた神判も同様な背景があったのであろう。

以上、諸法令の考察を通じて見て「不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>」と「道理」とが同居している事実が多い事に気付くと同時に、これは相反する要素が混在し、矛盾していると云うのではないということも理解出来るのである。

北条重時の剃髪後の家訓として知られるものに、「道理の中に僻事あり、又僻事のうちに道理の候、これを能々心得給うべし、道理の中の僻事と申は、いかに我が身の道理なればとて、さして我は生涯をうしなふ程の事はなく、人は是によりて生涯をうしなふべきほどの事を我が道理のまゝに申、これを道理の中の僻事にて候也、又僻事の中の道理と申は、人の命をうしなふべき事をば、千万僻事なれ共それをあらはす事なく人をたすけ給うべし、是を僻事の中の道理と申也<sup>(16)</sup>」という。時と場合によっては僻事自身をも道理と見すえなければならぬこともあることを示している。従って形式を捨て、実をとるのが道理政治であるとすれば形式的な私的な理にとらわれず現実社会に生きている血のかよったものが道理として尊重されるのである。従って、形式上の理非を不問に付すことが道理に合うとされるのである。この様に日本の当時の社会の実際の姿（先例）からして「やはり、好悪是非にかゝわらずそうなる、」「何となくそうならざるを得ないように思うので先例の通りにそうする、」と云っている意識がある<sup>(17)</sup>。当時では、「右大将家之例」という権威をかりて「不<sub>レ</sub>論<sub>二</sub>理非<sub>一</sub>」という言葉と対になって現われる場合もまさに、これと同じ場合である<sup>(18)</sup>。この様な心的態度は、いわゆる自発の観念といわれるもので、自分の意見、感想を述べる場合に、強い自己主張としてではなく、判定者たる権力者が理非の決定権を放棄し、「何となくそうならざるを得ないように思う」と云う気持で表現をやわらげ、相手に賛成を強制しない様な配慮が働いているので、一種の裁断放棄と見る事が出来る。否問題のような鎌倉幕府の御成敗式目時代は、評定衆が御家人中の主だった者の中から選ばれて、政治の中樞を為し、合議制政治を理想とし、多分の議<sup>(19)</sup>（多数決）により施行していたから、理非の決定権が独裁的君主のように将軍1人に集中されるのではない。この場合は理非の決定権は御家人社会自身に（将軍も含めて）分散されている。幕府の裁判、政治担当者は理非を問わず、むしろ訴訟当事者双方の何れにも片よらず裁決すること、これ即道理に合う場合であって、これを裁判の基準とするのであって、これが最終的に理となるのであった。

こゝには勿論、恒常的な、原理的なものが集団規範として漠然と意識されていた。幕府はもともと理非判断権をもっていたのであるが、以上の様な状況からして、これを行使しないで、慣例通りにすることが当時の武家社会では歓迎されたわけである<sup>(20)</sup>。

## (2)

最近、日本の思想に関する一連の研究が注目され、日本人の思想構造とか、日本人の意識構造とか<sup>(21)</sup>が研究されだして来た。1973年の2月14日の毎日新聞朝刊第1面『余録』によれば、「西欧的な『する、』文化と、日本的な『なる、』文化との差がはっきり浮彫にされて来た。第2次世界大戦の責任を<sup>(22)</sup>

問う戦争裁判について、ナチス、ドイツの指導者は『私がした。』と責任問題に正面から対決した。ところが、日本の指導者は『私はするつもりはなかった。』と答えていたし、『にもかかわらず戦争になった。』というのである。最近話題になっている通貨調整も危機の種子がひとりでに芽生え、大きくなり、花が咲いて実になった。それが円の切り上げだということらしい。それは人為の及ばない、自然現象みたいだ。その責任感覚がすっぱりと抜けているのが『なる』政治の病根だ、<sup>(23)</sup>というのである。これも所謂「自発」の観念によるもので、即ち世間体感覚の強い行動で、これなどは全く日本人の行動様式の悪い面を露呈しているみたいである。しかし、一方、最近、大阪外国語大学のロシア人教師はある事情で米国へ亡命をしたが、サンフランシスコ到着直後の第一声で、「中世の日本ではだれもお互いに教師であると考えていた。」と云い、日本の中世社会を賞讃している反面、自国のことについては、「民主々義国だと云う我国では、政府は自分が全国民の教師であると考え、だれの云うことも耳をかさない。」と嘆いていた。彼が「お互いに教師であると考えていた。」<sup>(24)</sup>というのは、所謂道理尊重の感覚であって、自発の感覚ではなかったかと思うのである。日本人は世間の声を自己の行動原理にしようとする。そういう行動様式があったのである。

しかし、鎌倉期も後期に近づく<sup>(25)</sup>と、評定裁判制度もようやく下火となり、執権一族による評定衆メンバーの独占を通じて、御前沙汰の出現を見ることとなった。以後、南北朝を経て足利氏による室町幕府政治に入る。この時期には「道理」は政治、裁判の中核より外れ、理非の決着は將軍の意向（上裁）一権力によることとなった。一方、当時は分国大名領に於ては一国単位に分国家法が制定されていた。そこでは、形式は御成敗式目をモデルにしながらも、幕府法とは実質において異った家産国家の色彩を濃厚に示す所謂「家法」が多かった。従って、国領の君主たる大名領主の「御意」が、その裁判の決定においても、又、政治においても中核となった。

鎌倉期の1235年（文暦2年）の式目追加法では神判に関して、「若し2週間に及ぶもなお、失がない場合は惣道の理によって、成敗せよとの仰があった。」とある様に裁判の決定に困難を感じた時に、神判を利用することは中世の常識であるが、この神判によるもお決着がつかかねる場合は、最終的には道理によって裁判せよというのが幕府の意向であったのである。しかし、室町期に入ると1436年（永享8年）には「両人手更不損無子細云々、両方有道理<sup>(26)</sup>歟、不審事也、<sup>(27)</sup>」といふ、「両方無異失之由、飯尾（奉行）公方伺申之由、此上者可被如何<sup>(28)</sup>候哉、<sup>(29)</sup>ともかくも可爲御意<sup>(30)</sup>之由、以飯尾<sup>(31)</sup>、奉被盡御沙汰<sup>(32)</sup>之條爲悦、<sup>(33)</sup>両方無其失之上者、可被中分<sup>(34)</sup>歟ともかくも可爲上裁<sup>(35)</sup>之由……、<sup>(36)</sup>」とあるように最終的に將軍の御意（意向）或いは上裁（將軍自身の裁決）に求めているのはやはり社会規範としての道理によりどころを求めていることを示すものである。

戦国期の片桐勝元の喧嘩に対する成敗を伝えているものによると、鉄火の起請をさせたが勝元の思いと反対の者に理があることになった。そこで勝元は「つまらぬ事で、聶、姑が喧嘩するとはけしからん、双方共成敗すべし」と両方処刑したという。<sup>(37)</sup>

室町期の初期には、幕府法の故戦防戦の条に、「雖懷本訴之道理<sup>(38)</sup>」、「雖有道理<sup>(39)</sup>」、「縦雖爲道理<sup>(40)</sup>」とあるように、幕府法の中でも將軍は理非決断権を専行し、その決定の準拠を道理を求めず、むしろ將軍自身の判断を優先させていた。これは、鎌倉執権時代の評定政治とは異なった性格を示すものであった。

これが、戦国家法になると、一国単位の家産国家の典型的現象を示していた。そこでは大名領国主が絶対君主であって、その大名自身の意向で、その国の法令を家法という型で制定していたものが多かった。たとえ形式的には鎌倉幕府、特に御成敗式目を模倣していても、それは形式だけで、実質はやはり絶対君主の意向が最終段階の政治政策上の理を決することは勿論であった。「たとひしくのたふりといふとも」(塵芥集)、「道理成共なすへからず」(結城氏新法度)、「縦道理たりと云とも」(大内氏壁書)、「対貴人、縦使雖有<sub>レ</sub>千万之道理<sub>一</sub>、理り強不<sub>レ</sub>可<sub>レ</sub>申事、云、多言実身」(信玄家法<sup>27</sup>)とあるのはその1例である。

かくて、鎌倉時代は「不<sub>レ</sub>論<sub>一</sub>理非<sub>一</sub>」が「道理」と融合し、幕府が理非裁断権を専行することなく、評定政治を行っていたので、理非をいれないことが道理でもあった。それゆえに「不<sub>レ</sub>論<sub>一</sub>理非<sub>一</sub>」は当事者双方に加担しない公平にというのが、この言葉の意味でもあった。しかし、室町期の幕府法の中に又、戦国家法では多くの場合、理非裁判権は將軍乃至大名の専行される事になっていた。即ち、「上裁」とか「上意」・「御意」になることが多くなってきた時勢を思い合せると、「不<sub>レ</sub>論<sub>一</sub>理非<sub>一</sub>」は將軍、君主がいちいち争論について、理非を判断することをほぶくぞという意味であって、もっと極端な云い方をすれば「問答無用」と云うことになるのではないかと思う。

執権政治の場合は、評定衆制度を採用していたので、法令の判断を左右する主体が御家人武士の代表者にあった。しかも、その判断の根拠法典は御家人武士のために制定されたようなものであった。だから、「不<sub>レ</sub>論<sub>一</sub>理非<sub>一</sub>」は「相論当事者双方の武士に公平になるように、どちらにも権力者自身の判断による理とか非とかの糺明をせず、公平にする」と云う意味に解されていたと考えられる。

一方、戦国家法の場合は、領国には戦国大名という1人に権力が集中し、その大名が主権者として法令を作ることが多く、その戦国大名側から「不<sub>レ</sub>論<sub>一</sub>理非<sub>一</sub>」を使った場合は、「問答無用」ということになり、社会秩序の維持を第1としたと云う風に解される。

この、ある時代には「道理」と共存し、ある時代には「道理」と共存しなくなってきた、「不<sub>レ</sub>論<sub>一</sub>理非<sub>一</sub>」という、法令中に頻用されてきた政治的な意味の多い言葉の内容を吟味してみた。時代により、又、社会体制、政治機構のちがいに、その言葉の意味するところもちがっていた。

鎌倉、泰時時代は理想政治の行われていた時代であった。もともと、「道理」の理と「不<sub>レ</sub>論<sub>一</sub>理非<sub>一</sub>」の理とは同一地盤の観念ではない。「道理」は武家社会(世間)における規範力をもった武家大衆の心であろうと考えられるのであって、「不<sub>レ</sub>論<sub>一</sub>理非<sub>一</sub>」の理は最高権力者—主権者としての幕府の側における権力機構が創造し得る主観の強い理であった<sup>28</sup>。しかし、理想政治を完遂した北條泰時は、この両者の一致を図る事を神に誓い、しかも実行したと考えられる。しかし、常に一致するものではない。この一致しない時に一般的に社会規範たる「道理」を優先して、この集団の論理に依拠し、幕府の意志(理非裁断権)を放棄した場合を示す法が、「不<sub>レ</sub>論<sub>一</sub>理非<sub>一</sub>」ということばを含む法であって、中世武家、幕府時代において民衆(武家大衆)の歓迎をうける結果となり、ひいては当時の貴族社会にも、又その後の武家政治の模範ともなった政治理念であったのである。

しかし、室町時代の幕府法、戦国時代の戦国大名家法ともなると「急度、被<sub>レ</sub>仰出<sub>一</sub>候、喧嘩事、堅御停止候……若不<sub>レ</sub>能<sub>一</sub>承引<sub>一</sub>者、不<sub>レ</sub>論<sub>一</sub>理非<sub>一</sub>、可<sub>レ</sub>被<sub>レ</sub>加<sub>一</sub>御成敗<sub>一</sub>旨、上意候、」(永禄12年、信長の下知<sup>29</sup>)とあって、このようなことから察せられる様に、上意優先で、上意に背くということが処罰の対象になっていて、その時は、「理由の如何を問わない」、「問答無用、」だぞという威嚇がこめられている

のである。大内氏壁書には、「至<sup>(30)</sup>理非<sup>(30)</sup>者、両方善惡共以、偏可<sup>(30)</sup>奉<sup>(30)</sup>上裁<sup>(30)</sup>也、」とあるのは後者の問題を象徴している様に思うのである。

### (3)

法というものは、立法当時には実像をもって登場する。そして、その立法趣旨を意識し、しかも靜的な社会を維持しようとする。これに対し、政治というものは、動的社会を歓迎し、故意に社会の変化を招来させようとし、その変化した社会に妥当するように「法」の機能の変化を加えるのである。こゝにその法の実像を転倒した虚像が生れるのである。

本論では、我国中世の法制史料である式目及び、式目追加等武家法並びに莊園法を手がかりに「不<sup>(31)</sup>論<sup>(31)</sup>理非<sup>(31)</sup>」という法文言を考察してみたのであるが、このような事実は、現行法規の中にも存在するのではないかと思う。

そこで、現行法規の中にある法の虚像と実像の分析の概要を提示し、今後の研究、展望を試み、結びとしたい。

分析の中心意図は勿論、法文言の虚像と実像の二重構造をもつのは何故であろうかということである。

資料は、最近話題になっていた憲法26条とそれを受けた教育基本法3条に求めて見る。この両条は、「教育を受ける権利、」と「教育の機会均等、」に関するものである。その法文の主たる要点は「すべて国民は……その能力に応じてひとしく教育を受ける権利を有する、」(憲法26条)「すべて国民はひとしくその能力に応ずる教育を受ける機会を与えられなければならないものであって……教育上差別されない、」(教育基本法3条)というのである。

法の性質を知るには、立法過程の認識を重視しなければならない。立法された当時のその法文の趣旨内容は、その法の実像を象徴する。これに反し、法の性質の1つに「社会的妥当性」というものがある。政治は時に、法をこの「社会的妥当性」というレンズを透すときがある。その時、虚像となって見えてくることがある。これが政治のねらいである。その1例をあげてみると、

「今日の論ではなく、教育基本法が制定された同じ年、実質的には文部省の見解ともいえる教育法令研究会における調査局長の解説には注目すべきものがある。即ち、『この規定は教育を受ける権利を(日本国憲法に示された)<sup>(31)</sup>国民の基本的人權として認めたのであり、』『国家はその実現に努力すべき責務を負うことを明らかにしたものである、』」とし、このような基本的な国民の権利は、国民が主権者であるということは忘れずに、「この権利の主体の地位にある国民概念の理解や国家に対する権利実現の請求のうえに一定の方向をさしめすものである、」<sup>(32)</sup>という理解であった。

しかるに、その後の調査局長の見解は、同じくこれらの法規の中に示されている「『能力に応ずる教育』については、教育を受けることが出来る能力、人の身についた精神的、肉体的能力また公開競争試験によって実証された能力をさすものとされ、」「教育機会を具体的にあらわした学校のある段階や種類においては、このような能力の個人差をも含むような考え方が実際にあてはまる」<sup>(32)</sup>のだとされているのである。これはまさしく強権的な見解のようである。しかし、この点については、在野人と思われる五十嵐顕氏は、教育基本法3条のコンメンタールにおいて「文章全体は人間の発達した能力が

現実に示している個人的心理的差の前提として国民がすべて人間として教育を受けることができ、したがって教育機会への権利をもつものである。」「これこそがこゝでとらえるべき能力であり、それは教育によって発達をとげていくことができるという人間の可能性である。」「右のように人間の発達への可能性という能力のために、教育が必要であり、その教育のためにひとしく教育機会への権利が国民に認められなければならない。」「このことは、幼児の成長や教育の日常体験したり、見聞したりする万人の常識である。幼児や子どもの教育にあたって、『その能力に応ずる』の意味を教育を受けることが出来る（その時点での）能力と解し、これをためして後に教育を実践しているのではない。（大切なことは）発達の可能性としての能力に依拠して保育がなされ、教育がはかられているのが実相である。」従って、「教育と発達の過程において、人間能力の個人的心理的差が存在するという事実にくして、また、児童、生徒や青年の希望や興味のちがい（即ちその人、その人、1個人の早熟型、晩成型、積極性、消極性等それぞれのちがい）に応じて（それぞれに見合った個人の特性を大切にした）教育がおこなわれること」が要求されるのである。それは、子どもの発達の状況のちがいであって、能力のちがいでないと思えるべきことも多く、能力とは、どの時点の評価を問題にすれば一番適切であるかも、その人によって異なることも当然である。従って、このような能力評価については、慎重な配慮が要することであろうと考えられる。

これに対し、教育法令研究会における当局のその後の解説では、これは「いわば門戸開放であり、したがって国家はそれを妨げてはならない義務を負うことになる、」とされ、更に、「要するに1つの宣言的規定として国家がかゝる権利の行使を妨げてはならないとともに、その行使を完全ならしめるための政治的義務を負う、」ものと解されている。

この説明からも見られるように、立法当初とはちがった解釈がなされているばかりではなく、憲法上重要な点である、国民が主権者であり、その主権者すべての国民の基本的人権として規定された当該法令の解釈を、「いわば門戸開放であり、」「国家はそれを妨げてはならない義務を負う、」というような理解になってゆくのは、まさに、国民を国家と対置し、しかも上部に国家を、下部に国民という配置を連想させるものであり、国家の主権は国民にあることを忘れ去った解釈である。こゝに政治行為の特徴があり、「法による支配、」の厳格さの必要がある。

上記のように、その後の当局と五十嵐氏の解釈の違いは、正に教育権を保証した憲法の虚像と実像を浮ばりにしている。立法当初の当局、並びに五十嵐氏の解釈は、教育権の実像そのものであり、その後の当局の解説は正に、政治権力者によるもので、教育権の真の姿ではなく、その虚像を映しているのではなくてなんであろうか。



## 註

- (1) 『中世法制史料集』第2巻、291頁、室町幕府法349条、参考資料、「藤原伊勢守高札」  
定  
喧嘩口論堅被停止訖、有違背族者、不謂理非雙方可為斬罪、若於荷擔人有之者、本人同罪事  
文安三年四月 日 伊勢守藤原判
- (2) 三浦周行著『法制史の研究』974頁以下参照
- (3) 三浦周行著 前掲書947頁以下参照
- (4) 板坂元著『日本人の論理構造』講談社、21頁以下参照
- (5) 『中世法制史料集』第1巻 鎌倉幕府法253条参照
- (6) 植木直一郎著『御成敗式目の研究』参照
- (7) 石母田正著『中世的世界の形成』250頁以下参照
- (8) 拙稿「我国中世武家法における法構造」（『史朋』10号）28頁参照
- (9) 『中世法制史料集』第1巻 鎌倉幕府法265条、  
「主従対論事、宝治二年七月廿九日評定  
右、去年冬比有御沙汰敷、於自今已後者、不論是非、不可有御沙汰敷」
- (10) 前掲史料集 第1巻、御成敗式目第八条  
「帶御下文不令知行經年序所領事、  
右當知行之後、過廿ヶ年者任右大將家之例不論理非、不能改替、而申知行之由、掠給  
御下文之輩、雖帶彼狀、不及敍用、」
- (11) 「式目前文」（植木直一郎著『御成敗式目の研究』320頁所収）  
於先々成敗者、不論理非、不及改沙汰、至自今以後者、可守此狀也、
- (12) 『高野山文書』卷2（大日本古文書家わけ6）
- (13) 板坂元著 前掲書7頁以下参照
- (14) 植木直一郎著 前掲書25頁
- (15) 慶長12（1605）年頃の成立の板倉新式目13条、  
「喧嘩口論之事、一方害則其一方不移時尅、可令殺害、縱雖為刃傷、於存命者相手ヲハ先籠舎申付、以罰之  
輕重、刃傷所寸方程切返、過代之籠舎、國中追放、至其時、諸人無嘲様ニ可相濟事、」尚、前掲拙稿40頁参照
- (16) 極楽寺殿御消息13条、「中世社会政治思想上」（『日本思想大系』21巻313頁以下参照）
- (17) 板坂元著 前掲書、7頁参照
- (18) 前掲史料集第1巻 御成敗式目8条・41条参照
- (19) 前掲『中世政治社会思想上』581頁参照
- (20) 石尾芳久「喧嘩両成敗法について」（『関西大学法学論集』23巻3号、昭和48・9月、1頁以下参照）
- (21) ① 板坂元著 前掲書  
② 丸山真男著『日本政治思想史研究』  
③ 荒木博之著『日本人の行動様式』  
④ 中根千枝著『日本のタテ社会の人間関係』
- (22) 丸山真男著「歴史意識の『古層』」（『歴史思想』6解説）
- (23) 『中世法制史料集』第1巻鎌倉幕府法73条  
定  
起請文并失條々  
右、書起請文之間、七箇日中、無其失者、今延七箇日、可令参籠社頭、若廿七箇日、猶無失者、  
就惣道之理、可有御成敗之狀、依仰所定如件、〔下略〕
- (24) 『看聞日記』永享八年三月廿三日の条参照
- (25) 牧野信之助著『武家社会の研究』20頁以下参照
- (26) 前掲第2巻室町幕府法26条「諸国狼籍條々故戰防戰事、貞和二年十二月十三日沙汰」、58条「故戰防戰事、  
觀応三年以前、」60条「合戰咎事、觀応三年九月十八日、」390条「故戰防戰事永正十一年四月十日」
- (27) 「塵芥集」39条、『中世法制史料集』第3巻、武家家法145頁。

結城氏新法度49条257頁73条, 同上254頁

大内氏壁書12条, 同上91頁

信玄家法32条, 同上213頁

- (28) 異論の多い点であろう, 理と云えば道理に結びつくというのが従来の考え方であった。しかし, 権力者が「理」と云うことは, 必ずしもそうとは限らない。権力者の意思に合致するものを「理」とする例が多いのは見易いことであろう。しかし, 私の考えるところでは「道理」は権力者は認識出来ても, 権力者の意思に何時も一致するとは限らないし, それと反対の時もあると考えられる。そして, 権力者とは別の世界で創造されるものが道理であった筈で, 従って泰時も, その「道理」を意識して, それに裁判の基準を置こうとしていたのであった。「凡評定の間, 於理非者, 只道理之所推可出詞也」と述べた消息からも証明出来るのである。
- (29) 『中世法制史料集』第2巻 室町幕府法520条
- (30) 『中世法制史料集』第3巻, 武家家法I「大内氏壁書」155条 明応4年8月日 「喧嘩事の條」参照
- (31) 以下( )内及び…印は筆者の私註及追記
- (32) 「有倉遼吉編「教育法」(別冊『法学セミナー 基本法コンメンタール』12冊目, 1972年度版) 38頁以下参照